
¿Se Protege el Derecho a la Identidad del Hijo Extramatrimonial?

Tatiana Velásquez Rodríguez*

Ganadora del Primer Puesto del Concurso de Artículos de Investigación Jurídica organizado por la Asociación Civil Derecho & Sociedad.

1. Breve Introducción

El presente estudio tiene como finalidad analizar el tema del derecho a la identidad del niño y el adolescente. En las siguientes líneas se argumentará cómo es que este derecho se relaciona tanto con el derecho a la verdad biológica del niño, y cómo es que los hijos extramatrimoniales son los que más padecen de una vulneración a su derecho a la identidad y a la igualdad. El objetivo de este trabajo se centra en los niños que nacen fruto de una relación extramatrimonial.

2. Filiación Extramatrimonial

Las relaciones extramatrimoniales a lo largo de la nuestra historia han sido vistas de manera despectiva y por ello Cornejo Chávez afirma que «la filiación extramatrimonial suele constituirse en un ambiente de clandestinidad, de disimulo, de vergüenza, que a veces impide y siempre dificulta la determinación de los progenitores, señaladamente la del padre»¹.

Estos niños que nacían fuera del matrimonio, antiguamente eran reconocidos como bastardos y no se les confería los mismos derechos que a los hijos matrimoniales. Sin embargo, ya desde 1979 la Constitución Política del Perú ha establecido expresamente, en su Art. 6, que «Todos los hijos tienen iguales derechos». Esto luego se repite en nuestra Constitución actual. Pero además, ya en los dos textos constitucionales se establece que está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres.

Creemos que el Art. 6 (último párrafo) de la Constitución) no hace más que reafirmar o ratificar que no se puede hacer ningún trato discriminatorio entre los hijos; es decir, por el simple hecho de que toda persona tiene derecho a la igualdad (Art. 2 inc.), se entiende que ello incluye el no ser discriminado por ser hijo extramatrimonial.

Pero aún con esta protección constitucional que se le brinda al hijo extramatrimonial, en la realidad observamos que ello no es suficiente ya que si bien es cierto, se ha logrado establecer expresamente la igualdad entre los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales, también es cierto que en la actualidad hay otros derechos fundamentales de los hijos extramatrimoniales que todavía se siguen vulnerando, así, por ejemplo, podemos mencionar que cuando los padres no cumplen con reconocer a sus hijos entre otras cosas se vulnera el derecho a la identidad del niño ya que éste no podrá llevar el apellido de su padre biológico. Es decir, todavía no se logra del todo proteger al niño que nace como producto de una relación extramatrimonial.

Creemos que la problemática que se ha generado con los hijos extramatrimoniales y la desprotección fáctica de sus derechos se debe a una legislación anacrónica que regula la institución de la filiación. El código Civil es el encargado de establecer cómo se genera la filiación, qué tipos de filiación hay, cuándo será matrimonial, cuándo extramatrimonial, etc. Y en cuanto a la regulación de la filiación extramatrimonial, consideramos que existen graves deficiencias, siendo una de las más resaltantes el art. 382 de esta norma legal:

El Art. 382 del Cód. Civil se establece en síntesis que el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales es voluntario, pero también se menciona que los registradores están prohibidos de consignar el nombre del supuesto padre cuando él no concurre con la madre a los Registros para efectuar la inscripción del niño. Entonces, en aplicación de esta norma, cuando sea sólo la madre la que inscriba a su hijo, se consignarán sólo los apellidos de ella como parte del nombre del niño. En conclusión: «el hijo se convertiría en el hermano de la madre». Es por ello, que creemos que dicho artículo del Cód. Civil, además de generar algo absurdo, resulta ser totalmente atentatorio al derecho al nombre y a la identidad del niño.

* Alumna del séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Cita hecha por MARTÍNEZ, Elvira. La filiación biológica y el art. 402 del Código Civil. En: Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Lima: Editorial San Marcos, 1998, p. 81.



¿Se Protege el Derecho a la Identidad ...

Afirmamos que se vulnera el derecho al nombre porque, en el caso de que sea sólo la madre la que reconoce a su hijo, ella está impedida de decir los apellidos del padre del niño, entonces ella sólo podrá asignar sus apellidos a su hijo. Entonces este niño al final no podrá llevar sus dos apellidos verdaderos lo cual es atentatorio al derecho a su nombre propio, y con esta afectación se generan otros daños más para el niño como: el no poder saber quién es su padre (afectación al derecho a la verdad biológica), el derecho a la identidad y a la larga, además se estaría vulnerando el mandato constitucional que señala que está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación, ya que lo registrado en la partida de nacimiento será prueba de que el niño fue producto de una relación extramatrimonial que el padre no quiso reconocer. Incluso, Álex Plácido agregaría que al verse vulnerado el derecho a saber la verdad biológica propia, se podría afectar el derecho a la integridad del hijo extramatrimonial ya que al no tener información sobre el padre se podrían dificultar diagnósticos y tratamientos médicos que algún día podría requerir el niño.

Pero la afectación a los derechos del niño no termina ahí, además al no tener como parte de su nombre el apellido de su padre, el niño podría padecer de varios problemas psicológicos, los cuales se irán manifestando conforme el niño vaya creciendo. Esto último se manifestará principalmente en el colegio, ya que al tener los apellidos de su madre todos sabrán que ese niño no ha sido reconocido por su padre y ello generará, en muchos casos, un trato discriminatorio contra este menor. Esto podría ser más grave aun cuando existan colegios que le rechacen a la madre la posibilidad de poder matricular en su centro educativo a este niño fruto de una relación extramatrimonial². En conclusión, por más que la Constitución Política del Perú prohíbe el trato discriminatorio y establece la igualdad de derechos para todos los hijos; observamos que en la práctica, ello no se cumple y la razón de este incumplimiento se debe en gran parte a lo establecido en el art. 392 del Código Civil. Es por ello que actualmente este artículo está siendo muy cuestionado y ya algunos congresistas están elaborando proyectos de ley que tiene como finalidad reformar esta grave deficiencia del Código Civil:

«Proyecto N° 12555, elimina toda mención de «hijo extramatrimonial» del Código Civil.

Fundamentos: Los hijos/as tienen los mismos derechos que los hijos/as nacidos/as dentro del

matrimonio y requieren de los mismos cuidados de sus padres.

Los hijos son tales por haber sido engendrados y haber nacido; por ello, es necesario reparar el daño ocasionado a todos aquellos que fueron estigmatizados como hijos extramatrimoniales.

Propuesta: Elimina la mención de «hijo extramatrimonial» del Código Civil y lo cambia por la mención de hijo. (M. Moyano 14/03/05)

Proyecto de ley N° 12648, modifica los artículos 21° y 392° del Código Civil, referidos al nombre del hijo extramatrimonial y reconocimiento del hijo por uno de sus progenitores.

Fundamentos: El Informe Defensorial N° 74 ha detectado que en el Perú se está vulnerando el derecho al nombre de los hijos/as nacidos/as fuera del matrimonio, cuando se aplican los artículos 21° y 392° del Código Civil.

El informe, señala que el Estado debería permitir que el niño/a pueda llevar el apellido del padre, no obstante este no lo haya reconocido, en atención al principio del interés superior del niño. Esto no genera efectos filiatorios, pues el reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad o maternidad son las únicas pruebas de la filiación extramatrimonial.

Propuesta: Modifica los artículos 21° y 392° del Código Civil

Si un niño/a hubiese sido reconocido por uno solo de sus progenitores, se le consignará también el primer apellido del otro progenitor sin que esto suponga establecer un vínculo de filiación. Asimismo, cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, podrá consignar el primer apellido del otro progenitor, sin que esto suponga establecer un vínculo de filiación. (Chamorro 23/03/05)³.

Creemos que todos estos inconvenientes normativos son secuelas que quedaron de la doctrina de la situación irregular ya que es recién con la Convención sobre los Derechos del Niño que se acoge la doctrina de la protección integral del niño. El Estado Peruano ratificó dicho tratado en 1990, y como se sabe el Código Civil entró en vigencia en 1984. Antes de 1990 no habían muchos mecanismos normativos para

2 En muchos colegios religiosos se establece como requisito que todos los niños que pertenezcan a su institución provengan de relaciones matrimoniales. Si ello no ocurre, entonces estos colegios rechazarán la matrícula del niño.

3 En: www.Manuela.org.pe/doc-vigilancia/proy_nioadolec.doc

proteger de manera integral los derechos del niño ni tampoco había mucho interés social en, por ejemplo, resaltar que el niño es, ante todo, un sujeto de derechos y que por lo mismo merece un respeto a su derecho a la dignidad, a la igualdad y a todo el resto de Derechos Fundamentales. Este énfasis se puso casi seis años después de la entrada en vigencia del Código Civil, entonces en tiempos anteriores a la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño, por más que se sabía que todo niño era un sujeto de derechos, consideramos que, por la falta de difusión de los derechos del niño, los legisladores y la sociedad en general se olvidó de brindarle la protección adecuada a sus derechos en muchos aspectos. Es decir, consideramos que el niño a lo largo del tiempo ha sido muchas veces ignorado, y creo que ello ocurría porque hasta antes de 1990, por más que ya contábamos con un Código de Menores (1962), «el mundo de los adultos razonaba y actuaba conforme a la doctrina de la situación irregular del menor»⁴; debemos recordar que «la doctrina de la situación irregular resulta prácticamente hegemónica en América Latina por lo menos hasta bien entrados los años 80»⁵.

Es decir, el niño seguía siendo visto como un adulto pequeño, un estorbo, incluso, muchas veces los padres trataban a sus hijos como si fueran su propiedad. Esto último se demuestra claramente cuando, aun en la actualidad, observamos que muchos padres maltratan a sus hijos con excesivas medidas correctivas y que justifican su actuar con sólo señalar que «yo soy el papá así que yo decido cómo corregir a mi hijo». Creemos que estos padres de familia confunden la frase «tener la patria potestad de mi hijo» con «tener el derecho de propiedad sobre mi hijo».

3. Verdad Biológica y Verdad Jurídica

Toda persona tiene una filiación, es decir toda persona proviene de una madre y de un padre; pero como esta filiación biológica no es conocida per se por el Derecho es necesario que se implemente mecanismos que permitan hacer conocer esta filiación biológica al Derecho.

«(...) esta procedencia biológica, en abstracto, de todo individuo de un hombre y una mujer, es desconocida para el Derecho en cada caso concreto: el solo hecho de la existencia de una persona, aunque sea seguro que tiene un padre y una madre que la han procreado, no sirve para constatar quiénes son ese padre y esa madre. Para que la filiación biológica concreta de una persona conste jurídicamente, sea conocida para el Derecho, son necesarios, en consecuencia, otros eventos que, delimitados por la propia Ley, den noticia de la procedencia del hijo respecto de sus padres»⁶.

Esta filiación biológica será además legal cuando sea conocida por el Derecho, y la manera de cómo hacer conocer esta filiación biológica al Derecho la establece la propia ley. En el caso peruano, para la ley, una filiación puede ser o matrimonial o extramatrimonial, ocurrirá lo primero cuando los hijos hayan nacido dentro del matrimonio y según el Art. 386 del Cód. Civil habrá una filiación extramatrimonial cuando los hijos hayan sido concebidos y nacidos fuera del matrimonio». Según el tipo de filiación que se tenga –matrimonial o extramatrimonial- se definirán los mecanismos que la Ley exige para finalmente convertir esta filiación biológica (natural) en una filiación legal.

Tratándose de hijos matrimoniales, el Art. 361 del Cód. Civil establece la presunción *pater est*, la cual indica que si un hijo nace durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tendrá como padre al marido. Es decir, la ley presume que es suficiente la constatación del matrimonio para considerar que todo hijo que nace dentro del mismo tiene como padre al marido. «En caso de que el hijo nazca de mujer casada, la paternidad queda atribuida *ministerio legis* al marido de ésta; es decir, sin necesidad de reconocimiento expreso por parte del marido (...)»⁷. Con respecto a la madre, bastará con que se compruebe la certeza del parto (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), y que obviamente esté casada, para que surja la filiación materna legal. Cabe señalar que este aforismo de que «el parto sigue al vientre» en nuestro Código Civil no es suficiente en el caso de los hijos extramatrimoniales. Pero finalmente, con respecto a la

4 Para explicar un poco mejor el fundamento de la doctrina de la situación irregular, a continuación indicaremos algunos comentarios: «El Instituto Interamericano del Niño, Organismo especializado de la OEA para el estudio de los problemas de la niñez, juventud, adolescencia y familia, define a la situación irregular como aquella en la que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral o cuando padece de un déficit físico o mental y agrega como segunda acepción a la ausencia o descuido en el tratamiento, educación y cuidados que no corresponden a las individualidades de los menores» (ROSE, Carmen. Tesis: El menor en situación irregular en la legislación peruana. Lima. PUCP, 1985, pp. 7-8.). Otros autores consideran que un menor se encuentra en situación irregular cuando por razones socio-culturales, ambientales o familiares (factores exógenos) o por carencias bio-psicológicas (factores endógenos), el menor requiere de especial atención. Se tiene la idea de que los niños que viven en estas circunstancias tienen un hogar desintegrado, o en todo caso ocurre que uno o ambos progenitores son desconocidos (PONCE, Sonia. Tesis: Régimen de menores en situación irregular. Lima. PUCP, 1978, p. 10).

5 GARCÍA, Emilio. Legislaciones Infancia Juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias. En: Derecho de la Infancia-Adolescencia. De la situación irregular a la protección integral. Santa Fe de Bogotá, 1994, p. 23.

6 QUICIOS, María. Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento (1ª edición). Barcelona: Bosch, 1997, p. 20.

7 PLACIDO, Alex. Filiación y patria potestad. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 96.



¿Se Protege el Derecho a la Identidad ...

filiación matrimonial, debemos indicar que sólo será necesario constatar si efectivamente existe el matrimonio o no, entonces para convertir la filiación natural en una legal, en este caso sólo será necesario, en principio, presentar la partida del niño y la partida de matrimonio.

«(...) si se trata de la filiación matrimonial ella se probará con las partidas de nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres, o por instrumento público en el que se admita expresa o tácitamente la paternidad matrimonial, o por sentencia que desestime la demanda de impugnación de la paternidad matrimonial. A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en proceso en que se haya demostrado la posesión constante del estado o cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres»⁸.

Recién en este momento cuando se genera la filiación legal, es decir, recién en esta etapa el Derecho estaría reconociendo la filiación natural del hijo matrimonial.

Tratándose de hijos extramatrimoniales el mecanismo legal para lograr la filiación legal es distinto del caso anterior. Según nuestra legislación la filiación extramatrimonial se convierte en una legal sólo cuando los padres reconocen ser tales o cuando existe una sentencia declaratoria de paternidad o maternidad. «La filiación extramatrimonial se acredita por el reconocimiento practicado por el progenitor en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento; o por sentencia dictada en juicio de filiación»⁹. Con respecto a la maternidad extramatrimonial debemos señalar que para nuestra leyes no es suficiente señalar que «el parto sigue al vientre» o que la maternidad, en sentido biológico, es siempre cierta; el artículo 388 del Cód. Civil señala que en el caso de hijos extramatrimoniales es necesario que ambos padres reconozcan expresamente ser tales. Con respecto a este punto consideramos que es criticable que nuestra ley consagre dos tipos distintos del reconocimiento de la maternidad: la matrimonial y la extramatrimonial, resulta ilógico que se establezca que sólo en el primer supuesto será suficiente que se dé el nacimiento de un niño dentro de un matrimonio para que se presuma tanto la maternidad como la paternidad:

«(...) acreditando el certificado de nacimiento vivo la maternidad –que es el hecho a probar de la referida

presunción legal-, la declaración del nacimiento por parte del marido –que por lo común, siempre ocurre- origina que la presunción surta todos sus efectos; siendo innecesario, entonces, el posterior reconocimiento de la maternidad en este caso»¹⁰.

En cambio, en el segundo supuesto -maternidad extramatrimonial- sí se requiere que la madre expresamente declare ser tal para que se genere la maternidad extramatrimonial legal. En base a estas disposiciones legales tendríamos que concluir que legalmente una madre no será tal mientras no haya cumplido con el requisito del reconocimiento expreso que se establece en el art. 388 del Cód. Civil. En salvaguarda del derecho a la identidad del niño y teniendo en cuenta el interés superior del mismo, debería considerarse como suficiente el certificado de nacimiento vivo ya que en él consta la prueba del parto y la identidad de la madre, y además este certificado luego se remite a la RENIEC para que ésta elabore la respectiva partida de nacimiento; por tanto, resulta innecesario que la madre soltera inicie otro trámite -el de reconocimiento- para que recién en ese momento se la considere legalmente como madre. La regulación de la maternidad debería ser igual en ambos supuestos: matrimonial o extramatrimonial. No existen razones para dar un trato diferenciado entre ambos tipos de maternidad.

«Como parte final del proceso de evolución intrauterina o gestación, y dando cumplimiento al ciclo vital, nace un ser humano. El nacimiento, como etapa biológica del parto, determina el hecho de la separación del feto del cuerpo de la madre. Todas estas circunstancias quedan registradas en el certificado de nacimiento vivo (...). En consecuencia, el certificado de nacimiento vivo es la prueba del parto y de la identidad del nacido con la madre; por tanto, la prueba que determina la maternidad, matrimonial o extramatrimonial; remitiéndose el mencionado certificado de nacimiento vivo al RENIEC (abreviatura nuestra) para la extensión de la respectiva partida de nacimiento, en la que se transcribe la información contenida en el primero. Siendo así, se evidencia que resulta innecesario requerir el posterior reconocimiento expreso de la madre; por lo que se impone la necesidad de consagrar un sistema único de determinación legal de la maternidad»¹¹.

Esta breve explicación sobre el tema de la filiación es relevante en nuestro tema de estudio ya que, precisamente en base a lo que establece la ley, especialmente en el tema de filiación extramatrimonial,

⁸ *Ibid.*, pp. 87- 88.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, pp. 92-93.

¹¹ *Ibid.*, p. 93-94.

es que debemos determinar si efectivamente en la legislación se está teniendo en cuenta el derecho a la verdad biológica del niño o no.

Por otro lado, el derecho a la identidad del niño y el adolescente está consagrado de modo general en la Constitución, pero también se plasma este derecho en el Código de los Niños y Adolescentes (Art. 6) y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como sabemos el derecho a la identidad es un derecho fundamental de toda persona y esta identidad, según Fernández Sessarego, sería el conjunto de atributos que permiten diferenciar a una persona de otra. Este derecho a la identidad a su vez engloba otros derechos como el derecho al nombre, el derecho a conocer a los padres biológicos (verdad biológica) y el derecho a llevar los apellidos de los progenitores. Precisamente estos últimos derechos son los que interesan desarrollar en el presente trabajo.

Como se sabe, en virtud del artículo 19 del Cód. Civil toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, el cual incluyen los dos apellidos. Nosotros consideramos que, en realidad, este artículo no se cumple en muchos casos. Bastaría con leer el artículo 21 y el artículo 392 del mismo Código para darnos cuenta que existen supuestos en los que el otorgamiento del derecho al nombre -el cual al ser parte de la identidad tiene sustento en la propia Constitución- está supeditado al cumplimiento de un requisito previo, que en este caso es el reconocimiento de paternidad o maternidad extramatrimonial. Es decir, el niño podrá gozar del derecho al nombre completo, el cual incluye sus dos apellidos, solamente cuando **sus dos padres lo reconozcan como hijo**; si entonces sólo uno de los padres cumple con reconocer a su hijo, ese niño tendría que llevar los dos apellidos de aquel que lo reconoció, con lo cual, a efectos prácticos, este niño se estaría convirtiendo en «el hermano de su madre o padre» como consecuencia de una aplicación directa de la ley.

Consideramos que estos artículos son totalmente atentatorios con el derecho a la identidad del niño toda vez que niega el derecho del niño a tener un nombre completo y a saber su verdad biológica. Pero, por otro lado debemos recordar que en el contenido de los dos artículos cuestionados se genera una confrontación de derechos ya que no es sólo el derecho al nombre del niño lo que el ordenamiento jurídico debe resguardar, sino que además se debe resguardar el derecho al nombre del supuesto padre, y precisamente ante este conflicto de derechos el ordenamiento jurídico optó por **proteger**

el derecho del supuesto padre. Como ya indicamos anteriormente, nosotros no negamos que en estas normas se presenta un conflicto de derechos ni tampoco negamos la posibilidad de que existan casos en los que una madre soltera inescrupulosa quiera indicar como padre de su hijo en los Registros correspondientes a una persona que en realidad ella sabe que no lo es; es decir, nosotros somos concientes de que definitivamente de nos existir estas normas protectoras del derecho del presunto padre, habría más de un caso en el que se indicaría como parte del nombre de un hijo de madre soltera el apellido de un varón que en realidad no tiene ningún vínculo biológico con el niño. Definitivamente estas prácticas abusivas y de mala fe sucederían; sin embargo, nosotros creemos que ante un conflicto entre, por un lado, el derecho de un adulto y por otro, el derecho de un niño, se debe optar por **proteger el derecho del niño.** Como sabemos a la luz del Código de Niños y Adolescentes (Art. IX del Título Preliminar) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 3), y además teniendo en cuenta la Doctrina de la Protección Integral del niño, en la solución de un conflicto de derechos, como el mencionado anteriormente, lo que debe primar es el **interés superior del niño.** El 20 de noviembre de 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos del Niño, a partir de ese momento se reconoció que «el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación»¹². Esta alternativa que proponemos no implica que ante una situación en la que maliciosamente una mujer haya indicado como parte del nombre de su hijo el apellido de un señor que no tiene ningún vínculo biológico con el niño, el derecho de la víctima -el supuesto padre- no será protegido, ante este supuesto la víctima podría valerse de los medios procesales correspondientes para poder reclamar a la persona que usó su nombre ilegítimamente y además de ello también podría pedir una indemnización por los daños producidos. Evidentemente en el supuesto señalado se tendría que demandar a la madre inescrupulosa que incorporó como apellido de su hijo el apellido de otra persona que no tenía ningún tipo de vínculo con el niño y menos con la mujer. Es más en el mismo Código está previsto qué hacer cuando alguien descubre que han usurpado su nombre, entonces luego de todo este procedimiento el señor que se haya visto afectado en su derecho al nombre podrá tener una solución a su problema y además podría recibir una indemnización. Así las cosas observamos que aun cuando en el artículo 21 y en el artículo 392 del Código Civil se hubiera optado por proteger el derecho al nombre y a la identidad del niño, en el supuesto en el que efectivamente se haya

12 VALENCIA, Jorge. Derechos humanos del niño en el marco de la doctrina de la protección integral. Lima: Radda Barnen de Suecia, 1999, p. 103.



vulnerado el derecho al nombre de una persona, ésta podría reclamar por dicha vulneración valiéndose de los medios jurídicos correspondientes, entonces no es que por proteger al niño se desproteja al adulto.

Es más perjudicial que un niño tenga que ser conocido en todo su entorno social como «el hermano de su madre» que el tener que iniciar un proceso a alguien que afecta el derecho al nombre. Creo que además de tener en cuenta el interés superior del niño, en este caso se debería ponderar los bienes en conflicto, se debería medir cuál de los bienes jurídicos confrontados pesa más.

Por otro lado, considero que en el artículo 21 y en el artículo 392 se estaría afectando además el derecho a la igualdad y además se estaría vulnerando la prohibición constitucional de toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad. El derecho a la igualdad en general en función del artículo 2 inc. 2 de la Constitución, y de manera más específica se estaría afectando el derecho constitucional a la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, esto último en función de lo establecido en el artículo 6 de la Constitución. No es justificable que un niño por el simple hecho de ser hijo extramatrimonial vea afectado su derecho a la identidad, al nombre y a la verdad biológica. Esta desigualdad entonces sería inconstitucional.

Con todo lo analizado hasta este punto ya se podría inferir que la regulación normativa no puede estar por encima de una realidad, de una verdad biológica que, en este caso, se refiere a la filiación natural o biológica. Toda persona desde que nace tiene una madre y un padre (filiación natural) y por lo tanto ésta debe ser resguardada por el ordenamiento jurídico y si hacer distinción entre quién es hijo matrimonial y quién no la norma debe promover los derechos y deberes propios de la institución de la filiación.

4. La Verdad Biológica y la Verdad Jurídica en la Filiación Extramatrimonial desde la Perspectiva de la Doctrina de la Protección Integral

Primero que nada cabe señalar que la verdad biológica, en este caso, se entenderá como el

conocimiento de los orígenes biológicos, es decir, una persona que efectivamente goza del derecho a la verdad biológica es aquella que conoce quiénes son sus padres biológicos. Todas las personas deberíamos gozar de este derecho, pero como se verá posteriormente ello no se cumple en todos los casos. Por otro lado verdad jurídica será aquella que señala la ley sin que ello implique su certeza en el plano material; es decir esta verdad jurídica es, a nuestro entender, una verdad formal que en muchas ocasiones se requiere establecerla de manera ficticia por seguridad jurídica, pero la verdad biológica será la verdad con contenido material, será aquella verdad que absolutamente nadie podrá negar. Así por ejemplo tenemos que es una verdad jurídica que todo niño que nace dentro del matrimonio tiene como padre al marido; sin embargo, en este mismo supuesto podría ocurrir que la verdad biológica señale como padre a un tercero que mantuvo relaciones sexuales con la mujer casada adúltera. Con este simple ejemplo observamos que ambos tipos de verdades no siempre coinciden.

“(..) la regulación normativa no puede estar por encima de una realidad, de una verdad biológica que, en este caso, se refiere a la filiación natural o biológica.”

En base a nuestra legislación y precisamente en todos los temas reseñados anteriormente podemos comprobar que existen muchos casos en los que prevalece la verdad jurídica pero también, felizmente, existen otros casos en los que prevalece la verdad biológica.

Como veíamos anteriormente se afecta al derecho a la verdad biológica con normas como el Art. 21 y el Art. 392 del Cód. Civil. Con

estos artículos se generan obstáculos al goce del derecho a la verdad biológica ya que en el fondo lo que se estaría generando es que los hijos extramatrimoniales no puedan conocer quiénes son sus dos padres biológicos, no puedan conocer cuál es la identidad de sus dos padres. Y la consecuencia del cumplimiento de estas normas es que en algunos supuestos, como ya lo veíamos, el niño llevará los dos apellidos de su madre, lo cual a su vez podría generar varios problemas sociales y hasta psicológicos en el desarrollo del niño, incluso en algunos casos podría generar hasta discriminación ya que para muchas personas suspicaces sería suficiente con saber los dos apellidos de la madre y del niño para concluir «a este niño su padre no loquito reconocer».

Por otro lado, ya refiriéndonos al tema de filiación tendremos que señalar que hasta antes de la incorporación de las pruebas genéticas como causal de una declaración judicial de filiación extramatrimonial se vulneraba totalmente el derecho a la verdad biológica

ya que, la ley establecía causales cerradas de una posible declaración judicial de filiación extramatrimonial. Entonces el niño que nacía fruto de una relación sexual eventual no podría aspirar a que su padre lo reconociera y lo peor es que tampoco hubiera podido lograr que el juez declare judicialmente a tal persona como padre, en estos supuestos ese niño sólo podía aspirar a recibir alimentos de ese presunto padre, y ello en función de una figura jurídica conocida el «hijo alimentista». Como se sabe en dicha figura, en realidad el alimentista **no era hijo**. Lo que ocurre es que como la posibilidad de que tal hombre sea el padre de un niño **no quedaba descartada del todo**, se elaboró una figura legal en virtud de la cual todo aquel que posiblemente sea el hijo del que se señala como presunto padre, recibirá alimentos de dicho presunto padre. Entonces esta figura a la larga era como un favor que se hacía al presunto hijo. Como observamos con dichas medidas legislativas se vulneraba totalmente el derecho a la verdad biológica.

Posteriormente se incorporaron en nuestra legislación como posibles causales de una declaración judicial de paternidad extramatrimonial las pruebas genéticas o científicas, ya con ello definitivamente se lograba un avance; sin embargo, creemos que recién con la incorporación de la prueba de ADN es que se consagra **la prevalencia del derecho a la verdad biológica**, y ello debido a que con dicha incorporación las posibles causales de una declaración judicial extramatrimonial **dejaban de ser cerradas**, es decir, a partir de ese momento dejó de ser indispensable, por ejemplo, el tener que demostrar que la madre vivió en concubinato con el presunto padre de su hijo en la época de la concepción. A partir de la incorporación de la prueba de ADN en nuestra legislación se promueve de manera más eficaz el derecho a la verdad biológica, el derecho a la identidad, el derecho al nombre, el derecho a la igualdad, el derecho a la no discriminación del niño. Sin embargo, no debemos olvidar que aun con la incorporación de la prueba de ADN en nuestra legislación **no se derogaban las otras causales**, como: el escrito indubitado del padre admitiendo su paternidad; cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia; cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción, etc. (Art. 402 del Cód. Civil). El juez más bien, aun cuando se presentara en un caso concreto la prueba de ADN, evaluaría también el resto de pruebas que se aporten. El juez tendría que hacer un análisis en conjunto de todas las pruebas presentadas para poder declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, entonces no es que el juez luego de observar una prueba de ADN automáticamente declara judicialmente la paternidad

extramatrimonial. Incluso, la negativa del presunto padre a someterse a la prueba de ADN tampoco resultaba suficiente para el juez para que en todos los casos declare judicialmente la paternidad extramatrimonial, la negativa definitivamente sería evaluada por el juez y en algunos casos sería la prueba definitiva para deducir que tal persona efectivamente es el padre (caso: hija de Rubí Berrocal vs. Alejandro Guerrero).

Pero nuestra legislación a comienzos de este año modificó el inc. 6 del Art. 402 del Código Civil a través de la ley 28457. A partir de la publicación de dicha ley entró en vigencia una regulación modificada sobre esta materia y esta nueva regulación normativa será analizada en las siguientes líneas.

5. Comentarios a la Ley N° 28457

Artículo 1°.- «Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días (resaltado nuestro) de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad».

El propósito de esta Ley es muy positivo ya que busca resguardar de mejor manera el derecho a la identidad de todos los niños, se busca evitar la alta tasa de niños no reconocidos que existe en nuestro país. Si embargo, a pesar de las buenas intenciones de esta Ley, debemos señalar que dicha norma no establece una regulación óptima ya que, por un lado protege al niño, pero por otro desprotege mucho al demandado (presunto padre) ya que se le concede al demandado un plazo muy corto para que pueda iniciar su oposición a la declaración de paternidad, el demandado desde que es notificado sólo cuenta con diez días para poder realizar su oposición. Nosotros no estamos de acuerdo con lo establecido en la segunda parte del Art. 1 de la mencionada Ley ya que, como señalábamos anteriormente, el plazo que se le ofrece al demandado es muy corto, pero además de ello existe otro problema -el cual a nuestro criterio es todavía más grave que el anterior-, y con esto nos referimos al problema de las notificaciones en nuestro país: Como sabemos en nuestro país las notificaciones no se realizan de la manera más rápida ni de la manera más idónea posible, todo lo contrario, más bien ocurre muchas veces que efectivamente se cumple con hacer la notificación, el problema es que se notifica a otra persona o mejor dicho se notifica en un domicilio distinto al del demandado. Generalmente estas dificultades se generan cuando, por ejemplo, el demandado vive en un lugar muy alejado, y precisamente son estas últimas personas las que



¿Se Protege el Derecho a la Identidad ...

generan nuestra preocupación ya que creemos que el sistema de notificaciones no funciona de manera eficaz en los lugares más apartados, y este problema se acentúa aún más cuando se trata de notificar a una persona que vive en una provincia muy alejada. Por tanto, si existe este gran problema con respecto a las notificaciones nos parece injusto que el pedido de la demandante se convierta en declaración judicial de paternidad cuando, sin haber formulado alguna oposición el demandado, ya hayan transcurrido los diez días. Como se ha indicado anteriormente, en muchas ocasiones podría ocurrir que tal notificación ni si quiera haya llegado al domicilio del demandado, por tanto si en realidad no ha sido notificado ¿cómo se puede pretender que formule su oposición?, lo peor de todo es que, obedeciendo de manera estricta el Art. 1, esta persona que no fue notificada y que por tanto no formuló su oposición, al término de diez días sería **declarado judicialmente como padre**. Con una disposición normativa así redactada muchas mujeres inescrupulosas podrían demandar «a quien les de la gana» como padre de sus hijos.

Entonces, nuestra crítica sobre este artículo es que el plazo indicado es **muy corto**, creemos que en este artículo más bien se debió tener en cuenta la realidad del funcionamiento de notificaciones en nuestro país, sólo así se podría haber detectado que el plazo de diez días era muy corto.

Artículo 2º.- «La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179º y siguientes del Código Procesal Civil. El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad».

Sobre este artículo surge la siguiente interrogante ¿qué se podrá considerar como causa injustificada?. Nos queda claro que es imposible poder señalar taxativamente todas las posibles causas injustificadas que el demandado puede alegar, sin embargo algo que cabe analizar todavía es lo referente al argumento tan usado por todos los individuos que niegan su

paternidad: «No puedo someterme a una prueba de ADN porque mi religión me lo prohíbe». ¿Se podría considerar que esta razón alegada por el demandado es una causa justificada?, ¿podría alegar este argumento el demandado para librarse de la prueba de ADN?. Nosotros creemos que no, primero que nada porque el primer supuesto del Art. 2 es que «el demandado **se obliga** a realizarse la prueba de ADN», entonces si se obliga a ello en un primer momento luego no podría alegar que por razones religiosas no puede someterse a dicha prueba; un actuar así más bien refleja mala fe por parte del demandado y por tanto si ello ocurriera tal argumento debería ser considerado por el juez como una causa **injustificada**, y si bien es cierto, el juez no puede obligar al demandado a que se someta a dicha prueba, lo que **sí** puede hacer es declarar improcedente la oposición y por consiguiente **declarar la paternidad**. Creemos además que, para considerar las razones alegadas por el demandado como causas justificadas o como causas injustificadas, se debe tener en cuenta de manera prioritaria el interés superior del niño, el cual está contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3 numeral 1), y como sabemos el Perú ha ratificado dicha Convención, por tanto el Perú está obligado a cumplir con lo establecido en dicho tratado, es más, por el hecho de que esta Convención versa sobre derechos humanos (derechos humanos del niño) se aplicaría lo dispuesto en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución¹³. «Estas normas internacionales tienen jerarquía constitucional, al ser Tratados relativos a Derechos Humanos. Son, entonces, normas constitucionales que priman sobre las ordinarias en el sentido que debe prevalecer el establecimiento de una filiación por sobre cualquier otro interés»¹⁴. Y finalmente, el interés superior del niño está contemplado también de manera expresa en una norma interna: en el art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. Por tanto, nuestra conclusión es que la calificación de causa justificada o injustificada de las razones alegadas por el demandado no podrá ser arbitraria, ya que el juez, antes de hacer cualquier calificación, deberá tener en cuenta el interés superior del niño por las razones ya señaladas, y además se debe preferir el derecho del niño porque, como sabemos, los niños son seres que todavía están en pleno desarrollo y que por tanto no están en la misma situación que un adulto. Los niños deben ser preferidos en primer orden porque haciendo una ponderación entre las consecuencias desfavorables de la negación de algún derecho de un adulto con las consecuencias desfavorables de la negación de algún derecho de un

13 Constitución Política del Perú: Cuarta Disposición Final y Transitoria: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

14 VARSÍ, Enrique. Análisis constitucional de la investigación jurídica de la paternidad». En: Diálogo con la Jurisprudencia, año III/Nº 6, (Julio 1997). p. 86.

niño, notamos que tal negativa sería más perjudicial para el niño, por tanto su bienestar «pesa más que la del adulto».

Es decir, como diría María Consuelo Barletta para lograr el resguardo al principio de igualdad «se debe brindar un tratamiento desigual a los desiguales, en este caso los adultos y adolescentes»¹⁵.

Con respecto al Art. 3 y Art. 4 sólo cabe señalar que en dichas normas sólo se mencionan las dos posibles consecuencias que podrían generarse de acuerdo a los resultados de la prueba de ADN: La oposición se declarará fundada cuando el resultado de la prueba sea negativo y la oposición se declarará infundada cuando más bien el resultado de la prueba sea positivo.

Y finalmente en el Art. 5 se establece que la declaración judicial de filiación podrá ser apelada.

5.1. ¿La Ley N° 28457 Protege la Identidad de Niñez y Adolescencia?

Considero que, a pesar de las críticas antes señaladas a la mencionada Ley, el derecho a la identidad del niño y el adolescente sí es protegido en esta normativa ya que, como hemos podido observar anteriormente, la regla general, según esta Ley, es que la filiación extramatrimonial se declarará automáticamente luego de que el supuesto padre, después de notificado, no hubiera formulado oposición alguna en el plazo correspondiente. Esta norma, frente a dos derechos en conflicto opta por proteger a los niños. Y esta nueva norma marca además una gran diferencia con lo regulado sobre este tema de filiación en el Código Civil, debemos recordar que esta última no resguardaba efectivamente el derecho a la identidad del niño, más bien bajo la óptica del Código Civil generalmente se solía proteger al adulto (presunto padre), de esta manera el niño quedaba impedido de gozar de un real derecho a la identidad y de gozar además del derecho a la verdad biológica. A manera de ejemplo podemos mencionar lo establecido en el Art. 392 del Cód. Civil, el cual a la letra dice: «Cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por **no puesta**». Este artículo más allá de vulnerar el derecho a la identidad y a la verdad biológica del niño, de no tener en cuenta el

interés superior del niño, niega toda validez jurídica a la revelación que pueda hacer la madre sobre el nombre del presunto padre. Creemos que a partir del 8 de enero del 2005, con la vigencia de la nueva Ley, el art. 392 del Cód. Civil entra en desuso, ya que ahora no será necesario que se insista al presunto padre a que reconozca a su hijo, ahora simplemente bastará con notificar la demanda de filiación extramatrimonial al presunto padre y esperar unos días para saber si éste se opone a la demanda, si no lo hiciera ya sabemos que la consecuencia automática es que se declarará la paternidad.

Con la Ley N° 28457 el legislador busca salvaguardar mejor el **derecho del niño a conocer a sus padres biológicos, a conocer su verdad biológica**. Esta Norma pretende lograr que todos los niños puedan gozar de todos los derechos y deberes propios de la institución paterno filial. La norma convierte una verdad biológica en una legal en un plazo muy breve; por tanto creemos que el objetivo de esta ley es positivo ya que busca que todo aquel que tiene un hijo se haga responsable de él.

5.2. Propuesta Legislativa

Art. 1.- «*Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de **veinte días** de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, **salvo** que el demandado pruebe que no ha sido notificado debidamente.*»

Como se observa, en mi propuesta el plazo que tiene el demandado para formular su oposición es más largo que el establecido en la Ley vigente, y por otro lado el problema con respecto a las notificaciones también sería tomado en cuenta, por ello se admitirá prueba del demandado que demuestre que no fue notificado debidamente. Pero con respecto a este tema consideramos además que no será suficiente con que el demandado alegue no haber sido notificado, sino que además se requerirá que las personas encargadas de hacer las notificaciones den cuentas de cómo se efectuó la notificación (donde se efectuó, quién la recibió, etc.), es decir, mi propuesta implica que haya mayor control de las notificaciones efectuadas 

15 BARLETTA, María Consuelo. El adolescente infractor: de menor a pandillero. En: Derecho PUCP/ N° 52 (1998-99), p. 922.